

Recurso 482/2019

Resolución 114/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 14 de mayo de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por la entidad **MYREYA ALBERT S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de exclusión, de 7 de noviembre de 2019, respecto del procedimiento de licitación denominado “Acuerdo Marco para provisión de Servicios Técnicos para Montaje y Celebración de Espectáculos, Distribución de Publicidad y Servicios de Restauración” (Expte. 2019/AM42), -respecto del lote 3-, convocado por la Universidad de Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 7 de octubre de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el referido anuncio se publicó el mismo día en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El valor estimado del acuerdo marco asciende a 573.750 euros.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. En sesión celebrada el 7 de noviembre de 2019, la mesa de contratación acuerda la exclusión respecto del procedimiento de licitación de la entidad MYREYA ALBERT S.L. (en adelante MYREYA) -en relación con el lote 3-. El acuerdo fue notificado a la entidad ahora recurrente el 8 de noviembre de 2019.

CUARTO. El 29 de noviembre de 2019 tuvo entrada en la Oficina de Asistencia en materia de Registros de la Universidad, escrito de recurso presentado por MYREYA interpuesto contra el mencionado acuerdo de la mesa de contratación por el que se la excluye del procedimiento de licitación.

QUINTO. Tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, el 10 de diciembre de 2019, oficio remitido por el órgano de contratación dando traslado del escrito de recurso, así como del informe sobre el mismo, el expediente administrativo y el listado de licitadores con los datos necesarios a efectos de notificación.

SEXTO. Mediante escritos de 22 de enero de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose presentado ninguna.

SÉPTIMO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. La disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 ha acordado el levantamiento de la suspensión desde el día 7 de mayo, fecha de su entrada en vigor, de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, extendiendo dicha



medida a los recursos especiales. Habiéndose tramitado el presente procedimiento de licitación por medios electrónicos, tal como consta en el expediente remitido, la citada disposición ha levantado la suspensión de la tramitación del presente recurso especial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en la licitación de un acuerdo marco promovido por la Universidad de Sevilla, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio formalizado el 14 de enero de 2013 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Sevilla, al amparo del artículo 11 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Procede ahora determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El recurso se dirige contra el acuerdo de exclusión de la mesa de contratación adoptado en el procedimiento de licitación de un acuerdo marco de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial interpuesto de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 b) de la LCSP.



CUARTO. Debe examinarse ahora si el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal. Al respecto el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que “*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación en sesión, de 7 de noviembre de 2019, fue notificado a la entidad recurrente el 8 de noviembre de 2019, por lo que el recurso se ha presentado en plazo.

QUINTO. Procede a continuación exponer los motivos recursos y de oposición al mismo.

La entidad recurrente alega que al encontrarnos ante una licitación electrónica ha debido producirse algún error informático, ya que se cargaron cada uno de los archivos en su carpeta correspondiente y a la vez, involuntariamente, en la carpeta 1 se cargaron los tres archivos.

Alega que cada archivo lleva su nombre, y que al tratarse de archivos informáticos su contenido no queda al descubierto si no hay una acción expresa de abrirlo con el fin de desvelar su contenido; de esta manera podrían entregarse en una misma carpeta ya que su contenido no se desvela si no se ejecuta la acción “abrir”, que es la misma acción que hay que realizar para desvelar el contenido de los archivos aportados en carpetas independientes.

Añade que al tratarse de un acuerdo marco, el conocimiento del sobre 3 no es tan importante, ya que no se trata de un presupuesto para el servicio, sino de valorar la unidad de la hora de trabajo, algo que para este lote 3 no es relevante, ya que en el campo de la restauración la valoración económica de una obra está directamente relacionada con el tiempo de ejecución, y este puede variar en función de factores totalmente subjetivos, como son la experiencia, el conocimiento, la metodología empleada, etc., por lo que un mismo trabajo puede realizarse en tiempos totalmente diferentes y como consecuencia, tener valoraciones económicas dispares en función del profesional que lo realice. No estamos ante el caso de una licitación



del servicio con oferta económica a la baja o mejoras, donde el presupuesto sí quedaría desvelado y por tanto el secreto de la oferta económica.

Añade finalmente que no es el único fallo que ha tenido la plataforma, ya que recibió la notificación a la dirección de correo electrónico aportado con este fin el día 8 de noviembre, y no pudo acceder a la misma hasta el día 15, después de ponerse en contacto con Contrataciondelestado@hacienda.gob.es, que le remitió a licitacionE@hacienda.gob.es, y ese organismo no le contestó, pero el día 15 ya pudo acceder a la comunicación a través de la plataforma “mis comunicaciones”. Adjunta los e-mails emitidos por la Plataforma de Contratación del Sector Público solicitando la recuperación del archivo de la notificación. Concluye solicitando que se considere este incidente como un fallo informático accidental menor e irrelevante, y que pueda seguir en el procedimiento.

El órgano de contratación estructura su informe al recurso en torno a dos alegaciones. La primera alegación se refiere a la inclusión de la oferta debido a un error informático de la Plataforma de Contratación del Sector Público. Tras reproducir lo expresado en varios informes de la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica emitidos con ocasión de recursos especiales, señala que es el propio licitador el que cumplimenta en su equipo local el contenido de su oferta, el que incorpora los archivos, los firma y envía; la Plataforma no introduce documentos ni modifica su ubicación, recibe lo que el licitador incluye en los sobres. Alega que en el justificante de presentación obtenido de la Plataforma, consta en detalle cada uno de los documentos incluidos en cada uno de los archivos, pudiéndose comprobar los documentos que efectivamente incorporó, firmados por la recurrente en cada uno de los sobres y que son los siguientes:

1. Documentación incluida en el sobre:

MODELO A.pdf

MODELO B.pdf

MEMORIA EXPLICATIVA MEDIOS MATERIALES -HUMANOS.pdf

MODELO C.pdf

2. Documentación incluida en el sobre:

MEMORIA EXPLICATIVA MEDIOS MATERIALES -HUMANOS.pdf

3 Documentación incluida en el sobre:



Asimismo, alega, puede comprobarse la firma del recurrente en cada uno de los sobres.

La segunda alegación del informe del órgano de contratación contesta al carácter intrascendente que la entidad recurrente atribuye al error. En este sentido invoca el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, así como las Resoluciones 82/2018, de 27 de marzo, 275/2019 de 6 de septiembre y 313/2019 de 2 de octubre de este Tribunal, solicitando la desestimación del recurso.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes entramos a analizar el asunto.

Procede exponer el contenido del acuerdo de exclusión:

“La Mesa de Contratación de la Universidad de Sevilla, acuerda la exclusión del procedimiento, por haber introducido la oferta económica que corresponde al archivo nº 3, en el archivo nº 1 de documentación administrativa, desvelando el secreto con la oferta, en base a lo establecido en el art.139 de la Ley 9/2017.”

La primera cuestión que plantea el recurso es la existencia de un error informático que la entidad recurrente atribuye al sistema informático, que motivó que se cargaran cada uno de los archivos en su carpeta correspondiente y a la vez, involuntariamente, en la carpeta 1 se cargaron los tres archivos. A estos efectos, alega las deficiencias que motivaron el retraso en el acceso a la notificación del acuerdo de exclusión, que acreditarían el funcionamiento incorrecto .

Pues bien, de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas particulares, cláusula 9, era necesaria la presentación de tres sobres o archivos (en nuestro caso, archivos, al ser una licitación electrónica), con las características y contenido que se especifica en el Anexo II. El archivo 1 contendría la documentación acreditativa de los requisitos previos; el archivo 2, la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante juicio de valor; y el archivo 3 la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas. De acuerdo con la cláusula 3 el contenido de estos tres archivos sería objeto de valoración sucesiva en tres momentos. El anexo II del PCAP, tras establecer que la documentación se presentará de forma exclusivamente electrónica a través de la Herramienta de



Preparación y Presentación de ofertas que la Plataforma de Contratación del Sector Público pone a disposición de los licitadores, establece que en la presente licitación los licitadores han de presentar tres archivos, con el contenido antes reseñado, detallando a continuación la documentación a incluir en cada uno de los mismos. De este contenido interesa destacar que es en el archivo 3 en el que debe incluirse la proposición económica conforme al modelo C. Igualmente, el Anexo II incluye el siguiente aviso: *“En ningún caso, en este Archivo 2, se reflejará la oferta económica del licitador o referencia a criterios cuantificables del Archivo 3, siendo estos extremos causa de exclusión del procedimiento”*.

Pues bien, en la presente licitación la causa de exclusión señalada en el acuerdo de la mesa de contratación es haber introducido el modelo C en el archivo 1, cuestión que queda acreditada en el expediente y que no es discutida por la entidad recurrente.

De esta manera, el motivo de su impugnación se centra en que fue la herramienta informática prevista para presentar las ofertas la que cometió el error que motivó ese resultado. Pues bien, el órgano de contratación reproduce en su informe lo manifestado en cuanto al funcionamiento de la Plataforma por la Subdirección General de la Coordinación de la Contratación Electrónica con ocasión de otros recursos especiales:

“La Herramienta es un artefacto único por licitación e idéntica para todos los licitadores que concurren al procedimiento, y se estructura en virtud de la configuración que el órgano de contratación haya establecido en la PLACSP para poner a disposición de los candidatos los pliegos por medios electrónicos. Sin embargo, el fichero electrónico de la oferta que se genera mediante la Herramienta es distinto por licitador, dado que los documentos que adjunta y los medios de firma electrónica difieren entre ellos. Desde la perspectiva funcional, la Herramienta es un aplicativo que se descarga en el equipo local del usuario, después de haber accedido a la LACSP(<https://contrataciondelestado.es>), en concreto, al espacio que ésta habilita a cada licitación de interés del licitador, llamado “Mis Licitaciones” donde, además de la susodicha Herramienta, puede encontrar información contractual sobre el procedimiento en cuestión. Ello significa que cuando se produce la descarga de la Herramienta para comenzar la preparación de la oferta, el licitador está trabajando exclusivamente en local, a expensas de su equipo y de las características técnicas que le amparen, no existiendo conexión o necesidad de canal telemático alguno con los servidores de la PLACSP. Los requisitos técnicos necesarios para licitar electrónicamente con la PLACSP vienen descritos en



la “Guía de Servicios de licitación Electrónica para Empresas”. Una vez finalizada la preparación de la oferta en su equipo, el licitador debe proceder a la remisión de la documentación mediante canal telemático para depositar los sobres electrónicos (fichero electrónico de la oferta) en los servidores de la PLACSP. En el momento del depósito o recepción sí se produce la conexión con la PLACSP, custodiando ésta los sobres bajo su exclusiva responsabilidad. Cuando la PLACSP recibe la oferta electrónica, se produce la inserción de los datos y documentos que componen la oferta en las correspondientes tablas de la base de datos, la oferta está presentada a todos los efectos, mostrándose un justificante de presentación al licitador con un CSV (Código Seguro de Verificación) y un sello de tiempo facilitado por la Autoridad de Sellado de Tiempo Cualificado, FNMT-RCM, como tercera parte de confianza, que toma como fuente de tiempo segura la del Real Observatorio de la Armada, que proporciona la base de la hora legal en todo el territorio nacional. La emisión del justificante supone a todos los efectos la presentación de la oferta, lo que constituye una garantía para el licitador y una obligación para la PLACSP, como custodia de la misma. Del mismo modo, el organismo público recibe un correo electrónico en el que se indica que un licitador ha presentado una oferta a su expediente”.

Partiendo de esta información, ha de tenerse en cuenta que la entidad recurrente no aporta prueba alguna tendente a acreditar el supuesto mal funcionamiento de la herramienta, y que el órgano de contratación aporta justificante de presentación obtenido de la Plataforma acreditativo del contenido de los archivos.

En ese sentido, frente a la alegación de la recurrente relativa a las deficiencias que motivaron el retraso en el acceso a la notificación del acuerdo de exclusión, que acreditarían el funcionamiento incorrecto, el órgano de contratación niega dicho extremo, aportando y acreditando el documento de acceso a comunicación realizado a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público en el que se recoge que fue leído el mismo día en que fue enviado: el 8 de noviembre de 2019.

En consecuencia procede desestimar este motivo del recurso.

SÉPTIMO. En la segunda alegación, la entidad recurrente trata de minimizar las consecuencias que este error tiene en la presente licitación, partiendo de que cada archivo lleva su nombre, y que al tratarse de archivos informáticos su contenido no queda al descubierto si no hay una acción expresa de abrirlo con el fin de desvelar su contenido, así como de que al tratarse de un acuerdo marco, el conocimiento del sobre 3 no es tan importante, ya que no se trata de un presupuesto para el servicio, sino que se trata de valorar la



unidad de la hora de trabajo, algo que para el lote 3 no es relevante, en los términos expuestos anteriormente.

Pues bien hay que comenzar recordando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LCSP las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de su apertura, y que el artículo 146.2.b) establece que en todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello, y que la citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas.

Por su parte, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público prevé que la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.

Esta regulación tiene su particular reflejo en el PCAP, cuyo Anexo II, como hemos visto, establece el aviso de que:

“En ningún caso, en este Archivo 2, se reflejará la oferta económica del licitador o referencia a criterios cuantificables del Archivo 3, siendo estos extremos causa de exclusión del procedimiento”.

Por otro lado, el criterio de adjudicación valorado mediante la aplicación de fórmulas, según el Anexo III del PCAP, es el “precio hora trabajo restaurador”, valorado con un máximo de 50 puntos, mientras que los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor alcanzan otros 50 puntos.

Es doctrina de este Tribunal, por todas, Resolución 275/2019, de 6 de septiembre:

“Como ya viene reconociendo este Tribunal en numerosas resoluciones -v.g. Resoluciones 51/2018, de 23 de febrero, 82/2018, de 28 de marzo, 177/2018, de 14 de junio y 196/2019 y 197/2019, ambas de 22 de



junio, entre otras muchas- y el resto de Órganos de recursos contractuales, lo relevante es que se haya anticipado cualquier información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, pues ese conocimiento, por mínimo que sea, ya es susceptible de influir en la valoración de la oferta con arreglo a un juicio de valor, sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser para que aquellas garantías legales se vean vulneradas, con quebranto, asimismo, de las garantías de objetividad e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadores y del secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 145.2 del TRLCSP”

En aquel supuesto se había introducido la documentación del sobre 3 en el sobre 2, pero la misma solución ha de darse a al presente supuesto en el que la documentación del Archivo 3 se ha introducido en el Archivo 1.

Y en nuestra Resolución 313/2019, de 2 de octubre, hemos dicho que:

“En definitiva, la quiebra de las garantías de objetividad e imparcialidad así como del principio de igualdad y no discriminación se produce cuando dentro del sobre de documentación justificativa de los criterios evaluables mediante un juicio de valor, se incorpore documentación, información o referencia que permita al órgano evaluador el conocimiento de elementos que deberían ser valorados después en el sobre de documentación justificativa de los criterios de adjudicación evaluables de forma automática.”z.

En definitiva, la mera inclusión en el archivo 1 de la documentación relativa al archivo 3 vulnera el carácter secreto de la oferta, teniendo en cuenta que la apertura del archivo 3 ha de tener lugar en acto público (cláusula 10.5 del PCAP), en el que se hacen efectivos, entre otros, los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, igualdad de trato de los licitadores e integridad, a los que ha de ajustarse la contratación del sector público, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la LCSP.

Por último, la vulneración de estos preceptos no puede verse mitigada por el hecho de que, como afirma la recurrente, nos encontremos ante un acuerdo marco en el que no se oferte un presupuesto dado que la oferta a incluir en el archivo 3 es el “precio hora trabajo restaurador”. En efecto, la oferta objeto de valoración es el precio hora señalado, al que se atribuye una puntuación de hasta 50 puntos, de forma que



su conocimiento anticipado vulnera su carácter secreto y puede condicionar la valoración de la oferta sujeta a juicio de valor.

En consecuencia procede desestimar este motivo del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso interpuesto por la entidad **MYREYA ALBERT S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de exclusión, de 8 de noviembre de 2019, respecto del procedimiento de licitación denominado “Acuerdo Marco para provisión de Servicios Técnicos para Montaje y Celebración de Espectáculos, Distribución de Publicidad y Servicios de Restauración” (Expte. 2019/AM42), -respecto del lote 3-, convocado por la Universidad de Sevilla.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

